

A contribuição acidentária (SAT/RAT) e o polêmico FAP

Autor: Andrei Pitten Velloso

Juiz Federal, Doutor em Direito Tributário pela Universidade de Salamanca
– Espanha

publicado em 30.8.2010

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Sumário: 1 Histórico. 2 Contribuição ao SAT. 2.1 Finalidade e denominação. 2.2 Materialidade. 2.3 Sujeitos passivos. 2.4 Individualização da contribuição em função do risco acidentário. 2.4.1 Alíquotas básicas. 2.4.1.1 Regulação geral. 2.4.1.2 Definição dos graus de risco das subclasses da CNAE. 2.4.2 Majoração ou redução da alíquota pelo FAP. 2.4.2.1 Estipulação do FAP pelo CNPS. 2.4.2.1.1 Metodologia de cálculo. 2.5 Caso I. 2.6 Caso II. 2.6.1.1 Limites à aplicação da fórmula: as “travas às bonificações”. 2.6.1.2. Evasão frente ao FAP e o Nexo Técnico Epidemiológico. 2.6.1.3 Procedimento de impugnação do FAP. 2.6.1.4 Resultados da aplicação do FAP. 2.6.2 Síntese: procedimento básico para determinar a alíquota aplicável. 3 Finalidade e legitimidade do FAP. 3.1 Finalidade. 3.2 Constitucionalidade. 3.2.1 Princípios da tipicidade fechada e da reserva de lei. 3.2.1.1 Sistema da Lei 8.212/91. 3.2.1.2 Lei 10.666/03 e o FAP. 3.2.1.3 Delegação estabelecida pelo art. 22, § 3º, da Lei 8.212/91. 3.2.2 Postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. 3.2.3 Respeito ao princípio da publicidade dos atos administrativos. 3.3 Legalidade. 3.3.1 Respeito à lei na concretização legislativa. 3.3.2 Respeito à lei na sua aplicação aos casos práticos. 4 Contribuição pelo desempenho de atividade especial: o “adicional” ao SAT. Conclusões.

1 Histórico

O seguro por acidentes de trabalho foi consagrado como direito social dos trabalhadores já na Carta Política de 1937 (art. 137, alínea *m*), decretada por Getúlio Vargas.

O texto constitucional que o sucedeu manteve tal direito e dispôs expressamente ser do empregador a obrigação de financiá-lo (art. 157, XVII, da CF/46), o que contrastava com o financiamento tripartite do sistema previdenciário, estabelecido no dispositivo anterior (inciso XVII).

Esses preceitos foram mantidos na Carta de 1967 (art. 158, incisos XVI e XVII), mas a Lei 5.316/67, editada sob a sua égide, integrou à previdência social o seguro contra acidentes de trabalho e regulou-o detidamente.

O seguro, que anteriormente era contratado pelas empresas junto a entidades seguradoras, foi **estatizado**, passando a ser pago à Previdência Social, segundo critérios estabelecidos pela legislação. Dessa forma, atribuiu-se à obrigação de financiá-lo uma feição nitidamente tributária, de prestação pecuniária compulsória instituída em lei (art. 3º do CTN).

Já no regime da Lei 5.316/67, a alíquota da contribuição **variava em função das atividades da empresa**: era de 0,4% a 0,8% da folha de salários de contribuição, “conforme a natureza da atividade da empresa” (art. 12, I). Também era previsto que o custeio das prestações por acidente do trabalho seria acrescido, “quando for o caso”, de uma “contribuição adicional incidente sobre a mesma folha e variável, conforme a natureza da atividade da empresa” (art. 12, II), que seria “objeto de fixação individual para as empresas cuja experiência ou condições de risco assim aconselharem” (art. 12, § 1º).

Tal contribuição era vinculada aos seguros de acidente de trabalho

propriamente ditos, mediante o estabelecimento do patamar de 90% do último prêmio pago ou contratado pela empresa como teto da contribuição, em sua primeira fixação (art. 21).

A Lei 6.367/76 modificou esse sistema. Estabeleceu o custeio dos seguros de acidente de trabalho mediante os recursos advindos das contribuições previdenciárias e de um **adicional variável** entre 0,4% e 2,5% da folha de salários de contribuição, em função do grau de risco de acidente do trabalho existente nas atividades desenvolvidas pelas empresas:

“Art. 15. O custeio dos encargos decorrentes desta Lei será atendido pelas atuais contribuições previdenciárias a cargo da União, da empresa e do segurado, com um acréscimo, a cargo exclusivo da empresa, das seguintes percentagens do valor da folha de salário de contribuição dos segurados de que trata o artigo 1º:

I – 0,4% (quatro décimos por cento) para a empresa em cuja atividade o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II – 1,2% (um e dois décimos por cento) para a empresa em cuja atividade esse risco seja considerado médio;

III – 2,5% (dois e meio por cento) para a empresa em cuja atividade esse risco seja considerado grave.

§ 1º O acréscimo de que trata este artigo será recolhido juntamente com as demais contribuições arrecadadas pelo INPS.

§ 2º O Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS classificará os três graus de risco em tabela própria organizada de acordo com a atual experiência de risco, na qual as empresas serão automaticamente enquadradas, segundo a natureza da respectiva atividade.

§ 3º A tabela será revista trienalmente pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, de acordo com a experiência de risco verificada no período.

§ 4º O enquadramento individual na tabela, de iniciativa da empresa, poderá ser revisto pelo INPS, a qualquer tempo.”

Em 1989, alterou-se novamente a regulação da contribuição. A Lei 7.787/89 estabeleceu uma alíquota única de 2% para financiar a “complementação das prestações por acidente de trabalho” (art. 3º, II). Ela não oscilava em função do grau de risco próprio das atividades da empresa, mas era agregada de uma contribuição adicional de 0,9%, 1,2% ou 1,8%, definida em função do índice de acidente de trabalho da empresa frente à média do respectivo setor:

Alíquota	Excesso do índice da empresa em relação ao índice médio do setor
0,9%	Até 10%
1,2%	de mais de 10% até 20%
1,8%	mais de 20%

Em 1991, a Lei 8.212 (Lei de Custeio da Seguridade Social) restaurou as linhas básicas do sistema criado em 1976, estabelecendo três alíquotas que se aplicam em função do grau de risco da atividade predominante da

empresa: 1% para empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja leve; 2% para aquelas com risco médio; e 3% para as empresas com risco grave (art. 22, II).

Esse diploma legal vige até os dias atuais, mas com uma inovação estabelecida pela Lei 10.666/03, o Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

Com o advento do FAP, foram unificadas as duas formas de concretização das alíquotas do SAT: a estabelecida em função do grau de risco de acidentes de trabalho do **setor** da empresa, instituída pela Lei 5.316/67, seguida pela Lei 6.367/76 e considerada pelo art. 22, II, da Lei 8.212/91; e a que varia em decorrência do índice de acidentes de trabalho **na própria empresa**, considerado no adicional instituído pela Lei 7.787/89 e, atualmente, no FAP.

2 Contribuição ao SAT

2.1 Finalidade e denominação

O escopo do tributo que veio a ser denominado **SAT** teve sutis variações desde o advento da Lei de Custeio da Seguridade Social (Lei 8.212/91).

Na redação original da Lei 8.212/91, a finalidade da contribuição era financiar a “complementação das **prestações por acidente de trabalho**”. Com o advento da Lei 9.528/97, previu-se que ela deveria custear os benefícios acidentários propriamente ditos (“concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho”). E, por imposição da Lei 9.732/98, ela também passou a financiar a aposentadoria especial.

À primeira vista, houve modificação de finalidade da contribuição com o advento da Lei 9.732/98, que a afetou não só quanto aos benefícios acidentários, mas também quanto ao custeio da **aposentadoria especial**.

Isso decorreu da criação da contribuição adicional (adicional ao SAT) por tal diploma legal, previsto de forma atécnica nos §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91).

Essa contribuição adicional é destinada a financiar justamente o benefício de aposentadoria especial, incidindo sobre as remunerações pagas a segurados que desempenham atividade especial e, portanto, terão direito ao referido benefício – ou pelo menos à conversão do tempo especial em comum.⁽¹⁾

Parece-nos, portanto, que a finalidade da contribuição do art. 22, II, remanesceu inalterada: destina-se a financiar os benefícios acidentários. A aposentadoria especial não é (ou pelo menos não deve ser) financiada pelo SAT, senão pela contribuição adicional prevista nos §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91).

Embora não seja essa a interpretação que se extrai da letra do art. 22, II, da Lei 8.212/91 (que alude às duas espécies de benefícios, mas não ao adicional) ou do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99, art. 202, que refere ambos os benefícios e também o adicional), ela afigura-se mais condizente com o sistema dessas exações, notadamente com a delimitação dos seus sujeitos passivos, das suas bases de cálculo e das suas alíquotas.

Provavelmente essa seja a razão de a interpretação que esposamos ter sido acolhida pela Receita Federal, que ao editar a Instrução Normativa 971/2009 separou claramente a contribuição do adicional, assim como cada uma das categorias de benefícios a serem custeados. A contribuição do art. 22, II, financia os benefícios acidentários; e a contribuição adicional, prevista no § 6º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, custeia a aposentadoria especial.⁽²⁾

A despeito dessa nova finalidade que foi atribuída à contribuição (ou, sob outro viés, da criação de uma nova contribuição pela Lei 9.732/98), a denominação remanesceu inalterada.

Continua-se a utilizar a denominação **SAT**. Ou **RAT (Riscos ambientais do trabalho)**, em virtude da alteração que a Lei 9.528/97 já havia imposto à redação do art. 22, II, da Lei 8.212/91, aludindo ao “financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho”.

Entre essas denominações, preferimos a tradicional (SAT – Seguro contra Acidentes de Trabalho). A expressão RAT – Riscos Ambientais do Trabalho – pouca relação tem com a finalidade precípua da contribuição, de financiar os benefícios acidentários: ela diz respeito ao critério de graduação da contribuição, não ao seu escopo, elemento que a doutrina tradicionalmente utiliza para denominar as contribuições. A favor da denominação original, também pesam o uso já estabelecido e o fato de a Constituição da República continuar a aludir ao “seguro contra acidentes de trabalho” (art. 7º, inc. XXVIII).

Caso se pretendesse olvidar a denominação tradicional e atribuir nomenclatura mais fiel à finalidade das contribuições, poder-se-ia denominar o **SAT** (art. 22, II) de **contribuição acidentária**; e o adicional, de **contribuição por atividade especial**.

2.2 Materialidade

Nos termos do art. 22, II, da Lei de Custeio da Seguridade Social, a materialidade da contribuição ao SAT é o “total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos”.

Na realidade, é a mesma materialidade da contribuição básica das empresas sobre as remunerações, razão pela qual ao SAT também é aplicável o esclarecimento constante na parte final do inciso I do art. 22, que indica serem as remunerações “destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

Essa é a sua base de cálculo – e também a dimensão econômica da hipótese de incidência, centro do seu aspecto material, que indica o pagamento ou creditamento, pelas empresas e entidades equiparadas, de remunerações a segurados empregados e trabalhadores avulsos como a ação que leva à incidência da norma impositiva.

2.3 Sujeitos passivos

A contribuição ao SAT é uma das contribuições da empresa instituídas pela Lei de Custeio da Seguridade Social. Portanto, é devida pela **empresa e pelas entidades a ela equiparadas**.

A empresa é definida pelo art. 15, I, da Lei 8.212/91 como “a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional”.

Já o parágrafo único do art. 15 da Lei 8.212/91 (com a redação dada pela Lei nº 9.876/99), equipara à empresa, “para os efeitos desta Lei, o contribuinte individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras”.

Antes do advento da Lei 9.876/99, não se utilizava a expressão “equipara-se a empresa”, empregando-se, em seu lugar, a expressão “considera-se empresa”. Pretendeu-se, com essa alteração, harmonizar a Lei 8.212/91 com a redação do artigo 195, I, da Constituição dada pela EC 20/98, que prevê como sujeito passivo da contribuição, além do empregador e da empresa, a “entidade a ela equiparada na forma da lei”.

As microempresas e as empresas de pequeno porte (com receita bruta anual de até R\$ 2.400.000,00) **podem** ser excluídas do regime de tributação imposto pela Lei 8.212/91 (arts. 22, 22A e 23), desde que optem pelo Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar 123/06.

2.4 Individualização da contribuição em função do risco acidentário

2.4.1 Alíquotas básicas

2.4.1.1 Regulação geral

As alíquotas básicas do SAT foram fixadas entre 1% e 3% (alíneas do art. 22, II), variando em função do grau de risco da atividade preponderante da empresa:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

[...]

II – para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.”

A alíquota básica é fixada por atividade econômica, mediante o enquadramento nas subclasses da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE – constantes no Anexo V do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99), o que é **incumbência da própria empresa**, sem prejuízo da ulterior verificação pelas autoridades administrativas.

Para proceder ao enquadramento, a empresa deverá considerar a sua atividade econômica **preponderante**, definida pelo regulamento como aquela que ocupa o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos (art. 202, § 3º, do Decreto 3.048/99).

Sem embargo, o art. 72, § 1º, II, *b*, da Instrução Normativa 971/2009 da RFB determina que se desconsiderem os empregados que trabalham nas atividades-meio, estabelecendo critério (apuração da atividade preponderante apenas com base no número de segurados que trabalham na atividade-fim) que em certos casos pode levar a solução diversa da preconizada pelo Decreto 3.048/99:

“II – considera-se preponderante a atividade econômica que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos, observado que:

a) apurado na empresa ou no órgão do poder público, o mesmo número de segurados empregados e trabalhadores avulsos em atividades econômicas distintas, considerar-se-á como preponderante aquela que corresponder ao maior grau de risco;

b) não serão considerados os segurados empregados que prestam serviços em atividades-meio, para a apuração do grau de risco, assim entendidas aquelas que auxiliam ou complementam indistintamente as diversas atividades econômicas da empresa, tais como serviços de administração geral, recepção, faturamento, cobrança, contabilidade, vigilância, dentre outros.”

Se a empresa tiver **estabelecimentos com CNPJs próprios**, o enquadramento deverá ser independente, nos termos da Súmula 351 do Superior Tribunal de Justiça: “A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro”.(3)

Caso os estabelecimentos não tenham CNPJs próprios, não se deverá apurar qual é a atividade preponderante no seu âmbito, senão no da empresa, considerada como um todo.

Determinada a alíquota básica (1%, 2% ou 3%), a empresa deverá verificar o seu FAP para definir a alíquota efetiva.

2.4.1.2 Definição dos graus de risco das subclasses da CNAE

Como exposto, a alíquota básica de cada categoria econômica é fixada no Anexo V do Regulamento da Previdência Social.

Até o final de 2009, vigorava a tabela estabelecida pelo Decreto 6.042/07. Sem embargo, essa tabela foi significativamente modificada pelo Decreto 6.957/09, o mesmo que deu nova regulação ao FAP, instituindo o sistema de percentis e pesos diferenciados, com vigência a partir de janeiro de 2010.

Com tal modificação, o Decreto 6.957/09 **alterou a alíquota aplicável a inúmeras categorias econômicas**, vindo a **majorar** a carga tributária de muitas empresas, sem apresentar qualquer estudo técnico ou mesmo motivação idônea a sustentar tal alteração.

De acordo com estudo elaborado pela Confederação Nacional das Indústrias,(4) o Decreto 6.957/2009 enquadrou 56,1% das atividades econômicas na faixa de risco grave, multiplicando em mais de **cinco vezes** o percentual de atividades em tal faixa, que no regime do Decreto 6.042/07 era de apenas 10,6%. Até mesmo serviços de tradução foram enquadrados na categoria de risco grave de acidentes de trabalho.

Ademais, 67% das atividades econômicas tiveram aumento de 50%, 100% ou 200% por conta do enquadramento nas alíquotas mais gravosas, de 2% e 3%. Delas, 27% sofreram aumento de 200% na alíquota (reenquadramento da alíquota de 1% para a de 3%); 29%, de 100% (de 1% para 2%); e 44%, de 50% (de 2% para 3%).

Enquanto 67% das atividades econômicas tiveram sua alíquota básica majorada, **apenas 4,0% tiveram-na reduzida**.

Tal contexto evidencia que o reenquadramento não se norteou pelo incremento de risco das atividades econômicas e tampouco por critérios técnicos, mas pela ânsia arrecadatória do Fisco.

2.4.2 Majoração ou redução da alíquota pelo FAP

A Lei 10.666/03 autorizou, em seu art. 10, que as alíquotas básicas sejam reduzidas pela metade ou majoradas até o dobro, em função do

“desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica”, segundo os critérios de **frequência, gravidade e custo**:

“Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.”

Esse preceito somente foi regulamentado em 2007, pelo Decreto 6.042, que inseriu o art. 202-A no Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99), criando um índice para apurar o desempenho específico de cada empresa, denominado Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

Tal índice se destina a aferir o desempenho específico da empresa em relação aos acidentes de trabalho, a fim de permitir que a sua contribuição seja graduada de forma específica frente às devidas pelas demais empresas do segmento econômico em que atua. Quanto mais frequentes, graves e onerosos sejam os acidentes de trabalho, tanto maior será a contribuição.

O FAP consiste num **multiplicador variável** num intervalo contínuo de cinco décimos (0,50) a dois inteiros (2,00), que se aplica às alíquotas básicas do SAT, tal como previsto no § 1º do art. 202-A.

A variação do FAP ocorre em função do **desempenho da empresa frente aos seus pares**, mais precisamente, frente às demais empresas que integram a categoria econômica em que está inserida.

Na concepção original do FAP, dada pelo Decreto 6.042/07, o desempenho específico da empresa era determinado pelo:

“**distanciamento de coordenadas tridimensionais padronizadas** (índices de frequência, gravidade e custo), atribuindo-se o fator máximo dois inteiros (2,00) àquelas empresas cuja soma das coordenadas for igual ou superior a seis inteiros positivos (+6) e o fator mínimo cinquenta centésimos (0,50) àquelas cuja soma resultar inferior ou igual a seis inteiros negativos (-6).” (art. 202-A, § 2º, do Decreto 3.048/99, em sua redação original, dada pelo Decreto 6.042/07)

Portanto, o FAP variaria em “escala contínua por intermédio de procedimento de interpolação linear simples” e seria aplicado “às empresas cuja soma das coordenadas tridimensionais padronizadas esteja compreendida no intervalo disposto no § 2o, considerando-se como referência o ponto de coordenadas nulas (0; 0; 0), que corresponde ao FAP igual a um inteiro (1,00)” (§ 3º do art. 202-A do Decreto 3.048/99, em sua redação original, inserido pelo Decreto 6.042/07 e revogado pelo Decreto 6.957/09).

Essa concepção do FAP, no entanto, jamais foi aplicada. Antes de sê-lo, foi modificada pelo Decreto 6.957/09, que atribuiu pesos diferenciados aos índices parciais.

Atualmente, o FAP é um índice composto, obtido pela conjugação de índices parciais e percentis de gravidade, frequência e custo, com pesos de 50%, 35% e 15%, respectivamente, consoante previsto nos §§ 1º e 2º do art. 202-A do Decreto 3.048/99, na redação dada pelo Decreto 6.957/09:

“Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva

atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP. (Incluído pelo Decreto nº 6.042, de 2007).

§ 1º O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais, considerado o critério de arredondamento na quarta casa decimal, a ser aplicado à respectiva alíquota. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 2º Para fins da redução ou majoração a que se refere o *caput*, proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, a partir da criação de um índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis com pesos de cinquenta por cento, de trinta e cinco por cento e de quinze por cento, respectivamente. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)”

O FAP é composto, portanto, por três categorias de elementos: (i) os índices parciais (gravidade, frequência e custo); (ii) os percentis de cada índice; e (iii) os pesos de percentil.

Os **índices parciais** consideram os seguintes elementos: a **frequência** é apurada em função dos registros de acidentes e doenças do trabalho; a **gravidade**, em razão da espécie de benefícios acidentários que ensejaram; e o **custo**, em função do valor dos benefícios concedidos e da sua duração, de acordo com o previsto no art. 202-A, § 4º, do Regulamento:

“§ 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta: (Incluído pelo Decreto nº 6.042, de 2007).

I – para o índice de frequência, os registros de acidentes e doenças do trabalho informados ao INSS por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT e de benefícios acidentários estabelecidos por nexos técnicos pela perícia médica do INSS, ainda que sem CAT a eles vinculados; (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

II – para o índice de gravidade, todos os casos de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todos de natureza acidentária, aos quais são atribuídos pesos diferentes em razão da gravidade da ocorrência, como segue: (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento; (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

III – para o índice de custo, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma: (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevida do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábuas de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)”

Após se definirem os índices parciais, devem ser apurados os respectivos **percentis**.

“Percentil” é um termo advindo da estatística. Indica intervalo limitado por dois percentis consecutivos. É utilizado na estatística para **ordenar** elementos determinados. Para defini-lo, arranjam-se os dados em ordem crescente e encontra-se o valor pretendido. Por exemplo, percentil 35 é o ponto abaixo do qual estão 35% dos casos e acima do qual estão 65% dos casos.

Melhor, portanto, é pensar em “percentil de ordem”.

Os **percentis** de ordem são calculados para cada um dos índices parciais. Há um percentil para a gravidade, outro para a frequência e um terceiro para o custo, todos apurados com base nos elementos indicados no art. 202-A, § 4º, do Regulamento.

Desse modo, as empresas são enquadradas em *rankings* relativos à gravidade, à frequência e ao custo dos acidentes de trabalho.

Na etapa seguinte, os percentis são multiplicados pelo **peso** atribuído a cada um deles, sendo os produtos posteriormente somados, com o que se chega ao FAP.

Os pesos atribuídos aos índices parciais evidenciam que o FAP confere maior relevância à saúde dos trabalhadores que ao custo dos benefícios: a gravidade e a frequência dos acidentes têm um peso de 85%, muito superior ao do custo econômico das prestações acidentárias (15%).

2.4.2.1 Estipulação do FAP pelo CNPS

O complexo cálculo do FAP é realizado pelo Conselho Nacional da Previdência Social – CNPS, órgão do Ministério da Previdência Social, que tem o mister de publicar tanto os índices parciais por atividade econômica quanto o FAP das empresas, com elementos que possam ensejar a sua impugnação, conforme previsto no § 5º do art. 202-A do Decreto 3.048/99:

“§ 5º O Ministério da Previdência Social publicará anualmente, no Diário Oficial da União, sempre no mesmo mês, os índices de frequência, gravidade e custo, por atividade econômica, e disponibilizará, na Internet, o FAP por empresa, com as informações que possibilitem a esta verificar a correção dos dados utilizados na apuração do seu desempenho.”

Como veremos, o CNPS não apenas estipulou a fórmula de cálculo do FAP, mas também estabeleceu limites à sua aplicação.

2.4.2.1.1 Metodologia de cálculo

A metodologia de cálculo do FAP foi determinada pela Resolução 1.308/09 do CNPS e posteriormente alterada, em parte, pela Resolução MPS/CNPS 1.316/10.

Inicialmente, são apurados os **índices parciais**, definidos da seguinte forma:

Índice de frequência = número de acidentes registrados em cada empresa, mais os benefícios que entraram sem CAT vinculada, por nexo técnico/número médio de vínculos x 1.000 (mil)

Índice de gravidade = (número de benefícios auxílio doença por acidente (B91) x 0,1 + número de benefícios por invalidez (B92) x 0,3 + número de benefícios por morte (B93) x 0,5 + o número de benefícios auxílio-acidente (B94) x 0,1)/número médio de vínculos x 1.000 (mil)

Índice de custo = valor total de benefícios/valor total de remuneração paga pelo estabelecimento aos segurados x 1.000 (mil)

– auxílios-doença = valor da renda mensal x nº de meses ou frações de meses do afastamento;

– demais = valor da renda mensal x expectativa de sobrevida em meses, segundo a tábua completa de mortalidade do IBGE.

Resumidamente, os índices são compostos da seguinte forma:

Frequência: número de ocorrências (acidentes registrados em CATs + benefícios acidentários definidos pelo NTEP)/**número médio de vínculo x 1000**

Gravidade = (número de benefícios x pesos) x número médio de vínculos/1000

Índice de custo = valor (real ou projetado) **dos benefícios/valor total das remunerações pagas pelo estabelecimento**

Apurados os índices parciais, **ordenam-se os resultados** de todas as empresas que integram um determinado setor (Subclasse da CNAE). Cada empresa tem seus índices ordenados dentro da categoria, no intervalo que varia de 0 (percentil mínimo) a 100 (percentil máximo), formando-se um *ranking* dentro de cada Subclasse. Chega-se, assim, aos **percentis** de frequência, gravidade e custo de cada contribuinte.

Tal procedimento foi definido pela Resolução 1.308/09 do CNPS nestes termos:

“2.4 Geração do Fator Acidentário de Prevenção – FAP por empresa

Após o cálculo dos índices de frequência, de gravidade e de custo, são atribuídos os percentis de ordem para as empresas por setor (Subclasse da CNAE) para cada um desses índices.

Desse modo, a empresa com menor índice de frequência de acidentes e doenças do trabalho no setor, por exemplo, recebe o menor percentual e o estabelecimento com maior frequência acidentária recebe 100%. O percentil é calculado com os dados ordenados de forma ascendente.

O percentil de ordem para cada um desses índices para as empresas dessa Subclasse é dado pela fórmula abaixo:

$$\text{Percentil} = 100 \times (\text{Nordem} - 1) / (n - 1)$$

Onde: n = número de estabelecimentos na Subclasse;

Norden = posição do índice no ordenamento da empresa na Subclasse.”(5)

Definidos os percentis, eles são **multiplicados** pelo peso que lhes foi atribuído, sendo os produtos somados e, por fim, multiplicados por 0,02, de modo que se chegaria ao FAP de cada empresa.

Como exposto na Resolução MPS/CNPS 1.316/10, que nesta parte repete a redação da Resolução 1.308/09 do CNPS:

“O critério das ponderações para a criação do índice composto pretende dar o peso maior para a gravidade (0,50), de modo que os eventos morte e invalidez tenham maior influência no índice composto.

A frequência recebe o segundo maior peso (0,35) garantindo que a frequência da acidentalidade também seja relevante para a definição do índice composto. Por último, o menor peso (0,15) é atribuído ao custo. Desse modo, o custo que a acidentalidade representa faz parte do índice composto, mas sem se sobrepor à frequência e à gravidade. Entende-se que o elemento mais importante, preservado o equilíbrio atuarial, é dar peso ao custo social da acidentalidade.

Assim, a morte ou a invalidez de um trabalhador que recebe um benefício menor não pesará muito menos que a morte ou a invalidez de um trabalhador que recebe um salário de benefício maior.

O índice composto calculado para cada empresa é multiplicado por 0,02 para a distribuição dos estabelecimentos dentro de um determinado CNAE-Subclasse variar de 0 a 2. Os valores de IC inferiores a 0,5 receberão, por definição, o valor de 0,5 que é o menor Fator Acidentário de Prevenção. Este dispositivo será aplicado aos valores FAP processados a partir de 2010 (vigências a partir de 2011).

Então, a fórmula para o cálculo do índice composto (IC) é a seguinte:

$IC = (0,50 \times \text{percentil de ordem de gravidade} + 0,35 \times \text{percentil de ordem de frequência} + 0,15 \times \text{percentil de ordem de custo}) \times 0,02$

Exemplo:

Desse modo, uma empresa que apresentar percentil de ordem de gravidade de 30, percentil de ordem de frequência 80 e percentil de ordem de custo 44, dentro do respectivo CNAE-Subclasse, terá o índice composto calculado do seguinte modo:

$IC = (0,50 \times 30 + 0,35 \times 80 + 0,15 \times 44) \times 0,02 = 0,9920$

A Resolução 1.308/09 do CNPS prosseguia, expondo que o resultado obtido é o FAP da empresa:

“O resultado obtido é o valor do FAP atribuído a essa empresa. Supondo que essa CNAE-Subclasse apresente alíquota de contribuição de 2%, esta empresa teria a alíquota individualizada multiplicando-se o FAP pelo valor da alíquota, $2\% \times 0,9920$, resultando uma alíquota de 1,984%.”

O FAP corresponderia, portanto, ao índice composto.

A Resolução MPS/CNPS 1.316/10, no entanto, inovou em tal aspecto, ao incorporar critérios aplicativos que o CNPS vinha adotando sem fundamento normativo algum – e estabelecer critérios novos. Dentre tais critérios, sobressaem as fórmulas aplicadas para ajustar o índice composto.

Assim prossegue o texto da Resolução MPS/CNPS 1.316/10:

Aos valores de IC calculados aplicamos:

2.5 Caso I

Para $IC < 1,0$ (bônus) – como o FAP incide sobre a alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, reduzindo-a em até cinquenta por cento, ou aumentando-a, em até cem por cento, ou seja, o FAP deve variar entre 0,5 e 2,0 (estabelecido na Lei Nº 10.666, de 8 de maio de 2003). A aplicação da fórmula do IC resulta em valores entre 0 e 2, então a faixa de bonificação (bônus = $IC < 1,0$) deve ser ajustada para que o FAP esteja contido em intervalo compreendido entre 0,5 e 1,0. Este ajuste é possível mediante a aplicação da fórmula para interpolação:

$FAP = 0,5 + 0,5 \times IC$

Para o exemplo citado de cálculo de IC o valor do FAP seria:

Como $IC = 0,9920$ ($IC < 1$), $FAP = 0,5 + 0,5 \times IC = 0,5 + 0,5 \times 0,9920 = 0,5 + 0,4960 = 0,9960$.

A partir do processamento do FAP 2010, vigência 2011, não será aplicada a regra de interpolação para $IC < 1,0$ (bônus).

[...]

2.6 Caso II

Para $IC > 1,0$ (*malus*) - o FAP não será aplicado nesta faixa em sua totalidade (intervalo de 1 a 2) a partir do processamento em 2010 (vigências a partir de 2011), então o valor do IC deve ser ajustado para a faixa *malus* mediante aplicação da fórmula para interpolação.

A aplicação desta fórmula implica o cálculo do FAP em função de uma redução de 25% no valor do IC calculado:

$$FAP = IC - (IC - 1) \times 0.25.$$

1. Caso a empresa apresente casos de morte ou invalidez permanente e seu IC seja superior a 1 (faixa *malus*), o valor do FAP será igual ao IC calculado. Esse procedimento equivale à não aplicação da redução de 25% do valor do IC com objetivo de provocar mobilização, nas empresas, para que não ocorram casos de invalidez ou morte;

2. Se os casos de morte ou invalidez permanente citados no item anterior forem decorrentes de acidente do trabalho tipificados como acidentes de trajeto, fica mantida a aplicação da redução de 25% ao valor do IC calculado equivalente à faixa *malus* ($IC > 1,0$).

O princípio de distribuição de bônus e *malus* para empresas contidas em uma Subclasse CNAE que apresente quantidade de empresas igual ou inferior a 5 fica prejudicado. Nos casos de empresas enquadradas em Subclasse CNAE contendo número igual ou inferior a 5 empresas o FAP será por definição igual a 1,0000, ou seja, um FAP neutro. Empresas optantes pelo Simples e entidades filantrópicas terão, por definição, FAP = 1,0000, ou seja, um FAP neutro.

O FAP é calculado anualmente a partir das informações e cadastros lidos em data específica. Todos os acertos de informações e cadastro ocorridos após o processamento serão considerados, exclusivamente, no processamento seguinte. Ocorrendo problemas de informações e cadastro que impossibilitem o cálculo do FAP para uma empresa, o valor FAP atribuído será igual a 1,0000. Se no processamento anual seguinte do FAP for averiguado problema que impossibilite, novamente, o cálculo do FAP será atribuído valor igual a 1,5000. A partir do terceiro processamento consecutivo com impossibilidade de cálculo do FAP por problemas de informações e cadastro, a empresa terá valor FAP atribuído igual a 2,0000. Ao efetuar a correção que impedia o processamento, a empresa terá o seu FAP calculado normalmente no ano seguinte à correção.

O FAP será publicado com 4 casas decimais e será aplicado o critério de truncamento, ou seja, serão desprezadas as casas decimais após a quarta casa.

Verifica-se que, na regulação atual, o FAP não corresponde invariavelmente ao índice composto, pois sofre o influxo das denominadas “fórmulas para interpolação” e de regras específicas.

2.6.1.1 Limites à aplicação da fórmula: as “travas às bonificações”

Há **limites infralegais** à aplicação do critério estipulado pela Lei 10.666/03.

A Resolução 1.308/09 do CNPS **vedou** expressamente a **redução** da alíquota básica pela aplicação do FAP quando as empresas tenham casos de acidentes com morte ou invalidez permanente, somente permitindo que se afaste essa vedação quando sejam comprovados investimentos de acordo com as regras estipuladas pela autarquia previdenciária:

“Caso a empresa apresente casos de morte ou invalidez permanente, decorrentes de acidentes ou doenças do trabalho, seu valor FAP não pode ser inferior a um, para que a alíquota da empresa não seja inferior à

alíquota de contribuição da sua área econômica, prevista no Anexo V do Regulamento da Previdência Social, salvo a hipótese de a empresa comprovar, de acordo com regras estabelecidas pelo INSS, investimentos em recursos materiais, humanos e tecnológicos em melhoria na segurança do trabalho, com o acompanhamento dos sindicatos dos trabalhadores e dos empregadores. Por definição, nesses casos, o FAP será adotado como 1,0000.”(6)

Essa proibição, que foi denominada “trava de mortalidade e invalidez”,(7) na prática obsta a aplicação do FAP inferior a 1. Impede que os contribuintes se beneficiem da redução da carga tributária advinda do seu baixo fator de acidentalidade – e, recorde-se, dos termos da própria Lei 10.666/03.

Nova limitação foi estabelecida pela Resolução 1.309/09 do CNPS, a “Trava de Rotatividade”, criada com o escopo declarado de “evitar que as empresas que mantêm por mais tempo os seus trabalhadores sejam prejudicadas por assumirem toda a acidentalidade”, mas que na realidade objetiva penalizar as empresas com alta taxa de rotatividade, negando-lhes a redução do FAP. Conforme estabelecido por esse ato infralegal:

“Após a obtenção do índice do FAP, conforme metodologia definida no Anexo da Resolução MPS/CNPS N° 1.308, de 27 de maio de 2009, **não será concedida a bonificação para as empresas cuja taxa média de rotatividade for superior a setenta e cinco por cento.**”(8)

A taxa média de rotatividade é expressa nos seguintes termos:

“3.3 A taxa média de rotatividade do CNPJ consiste na média aritmética resultante das taxas de rotatividade verificadas anualmente na empresa, considerando o período total de dois anos, sendo que a taxa de rotatividade anual é a razão entre o número de admissões ou de rescisões (considerando-se sempre o menor), sobre o número de vínculos na empresa no início de cada ano de apuração, excluídas as admissões que representarem apenas crescimento e as rescisões que representarem diminuição do número de trabalhadores do respectivo CNPJ.

3.4. A taxa média de rotatividade faz parte do modelo do FAP para evitar que as empresas que mantêm por mais tempo os seus trabalhadores sejam prejudicadas por assumirem toda a acidentalidade.

Fórmulas para o cálculo

3.5. O cálculo da taxa de rotatividade para cada ano é obtido da seguinte maneira:

Taxa de rotatividade anual = mínimo (número de rescisões ocorridas no ano ou número de admissões ocorridas no ano)/número de vínculos no início do ano x 100 (cem)

3.6. Em seguida, calcula-se a taxa média de rotatividade da seguinte maneira:

Taxa média de rotatividade = média das taxas de rotatividade anuais dos últimos dois anos

Aplicação da taxa média de rotatividade

3.7. As empresas que apresentam taxa média de rotatividade acima de setenta e cinco por cento não poderão receber redução de alíquota do FAP, salvo se comprovarem que tenham sido observadas as normas de Saúde e Segurança do Trabalho em caso de demissões voluntárias ou término de obra.”(9)

Tais limitações às “bonificações” aplicáveis aos contribuintes são flagrantemente ilegítimas, por afrontarem o postulado da preeminência legislativa, como demonstraremos a seguir.

2.6.1.2 Evasão frente ao FAP e o Nexo Técnico Epidemiológico

O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP ou simplesmente NTE) foi criado pela Lei 11.430/06, de modo a evitar que os dados relativos aos acidentes de trabalho sejam mascarados, haja vista que até então a qualificação da incapacidade como acidentária ficava ao inteiro alvedrio das empresas, a quem compete preencher a Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT – e enviá-la à autarquia previdenciária.**(10)**

Para tanto, ele confronta a atividade da empresa (descrita na Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE) com a entidade mórbida causadora da incapacidade (elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID), com o fito de apurar eventual relação existente entre elas e, assim, qualificar a incapacidade como acidentária.

A Lei 11.430/06 inseriu-o no bojo da Lei de Benefícios da Previdência Social, logo após os artigos que estabelecem a definição de acidente de trabalho (arts. 20 e 21), mediante a inclusão do art. 21-A, redigido nestes termos:

“Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)

§ 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)”

A adoção desse índice implicou expressivo aumento no enquadramento de benefícios como acidentários, como exposto na página virtual da autarquia previdenciária:

“A indicação de NTEP está embasada em estudos científicos alinhados com os fundamentos da estatística e epidemiologia. A partir dessa referência a medicina pericial do INSS ganha mais uma importante ferramenta auxiliar em suas análises para conclusão sobre a natureza da incapacidade ao trabalho apresentada, se de natureza previdenciária ou acidentária.

O NTEP foi implementado nos sistemas informatizados do INSS, para concessão de benefícios, em abril/2007 e de imediato provocou uma mudança radical no perfil da concessão de auxílios-doença de natureza acidentária: houve um incremento da ordem de 148%. Esse valor permite considerar a hipótese que havia um mascaramento na notificação de acidentes e doenças do trabalho.”**(11)**

Apenas em 2007, o NTE implicou o reconhecimento de 141.108 acidentes de trabalho, contribuindo decisivamente para a majoração do número total de 512.232 em 2006 para 659.523 no ano subsequente.**(12)**

Impressionante é o incremento na qualificação de certos males como causas de acidentes de trabalho. As doenças infecciosas e parasitárias, por exemplo, quase não eram qualificadas como tais e, logo após o início da aplicação do NTE, deram ensejo a um número significativo de acidentes de trabalho: segundo os dados do MPS, os acidentes de trabalho decorrentes de doenças infecciosas e parasitárias passaram de 67 em 2006 para 1.864 em 2007. Quadro similar ocorreu com as doenças do aparelho circulatório: ensejaram 223 acidentes de trabalho em 2006 e 2.549 em 2007. À evidência, essa vultosa majoração não decorreu de

oscilação no número de doenças, senão da sua qualificação como causas de acidentes do trabalho mediante a aplicação do NTE.

Com respeito ao cálculo do FAP, o Nexo Técnico Epidemiológico atua para determinar o índice de frequência, acrescentando às ocorrências registradas por meio de CAT outras não comunicadas por tal forma, mas identificadas a partir de tal indicador, de modo a determinar o real número de acidentes de trabalho das empresas. No entanto, também repercute no cálculo dos índices de custo e gravidade, haja vista ampliar o universo dos acidentes de trabalho ocorridos em determinada empresa.

O NTE estabelece uma **presunção relativa** do caráter acidentário da entidade mórbida causadora da incapacidade. Por ser relativa, ela pode ser afastada mediante o acolhimento de impugnação formulada pela empresa (§ 2º do art. 21-A), o que repercutirá favoravelmente no cálculo do FAP.

2.6.1.3 Procedimento de impugnação do FAP

O FAP é calculado pelo Ministério da Previdência Social e pode ser contestado perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional – DPSO, no que concerne à correção fática dos elementos que o compõem, consoante previsto no art. 202-B do Regulamento da Previdência Social, incluído pelo Decreto 7.126/10:

“Art. 202-B. O FAP atribuído às empresas pelo Ministério da Previdência Social poderá ser contestado perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, no prazo de trinta dias da sua divulgação oficial. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)

§ 1º A contestação de que trata o *caput* deverá versar, exclusivamente, sobre razões relativas a divergências quanto aos elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)”

Os “elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP” dizem respeito à massa salarial, ao número médio de vínculos, ao valor e à duração dos benefícios pagos, aos registros de acidentes, de doenças do trabalho e de benefícios acidentários.

Em vista da regra do § 1º do art. 202-B, o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional entende que não lhe cabe analisar a legalidade do FAP ou a legitimidade da metodologia adotada, mas tão somente casos em que o acidente computado não tenha relação com o contribuinte. Nas palavras do seu diretor: “As demais contestações devem ser levadas à Justiça”.(13)

Desde a edição do Decreto 7.126/10, contra a decisão do departamento cabe recurso, com efeito suspensivo, para a Secretaria de Políticas da Previdência Social – SPS:

“§ 2º Da decisão proferida pelo Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional, caberá recurso, no prazo de trinta dias da intimação da decisão, para a Secretaria de Políticas de Previdência Social, que examinará a matéria em caráter terminativo. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)

§ 3º O processo administrativo de que trata este artigo tem efeito suspensivo. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)”

Esse decreto, editado em 3 de março de 2010, objetivou sanear as irregularidades do processo administrativo então vigente, reconhecidas em inúmeras decisões judiciais proferidas sobre a matéria. Dentre elas, sobressaía a não atribuição de efeito suspensivo ao recurso, em contrariedade ao previsto no art. 308 do Regulamento da Previdência Social, que determina o recebimento em ambos os efeitos dos recursos

interpostos contra as decisões proferidas pelas Juntas de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social (Decreto 3.048/99, na redação dada pelo Decreto 5.699/06).

Ressaltamos, por fim, que a decisão proferida em grau de recurso tem caráter terminativo da controvérsia na esfera administrativa. Somente poderá ser questionada judicialmente.

2.6.1.4 Resultados da aplicação do FAP

Interessa consignar os resultados da aplicação do FAP à alíquota básica de cada categoria econômica.

Segundo dados divulgados pelo Departamento de Saúde Ocupacional, relativos à data de 30 de setembro de 2009, do total das empresas brasileiras:

– 3.328.087 eram optantes pelo Simples Nacional, logo não pagavam a contribuição;

– 952.561 pagavam o SAT/RAT, sendo que delas:

- 879.933 tiveram FAP igual ou inferior a um ("bônus");
- 72.628 tiveram FAP superior a um ("malus").

Portanto, 92,3755% dos contribuintes do SAT/RAT teriam redução ou manutenção da carga tributária, e apenas 7,6245% sofreriam incremento.

Esses dados estatísticos não especificam os inúmeros casos de FAP igual a 1 (resultantes da aplicação das travas criadas por atos infralegais), mas evidenciam que a aplicação do FAP beneficiou a imensa maioria dos contribuintes.

Resta indagar, portanto, a razão de não ter sido implementada antes, visto a autorização para a criação do FAP ter sido veiculada em 2003, pela Lei 10.666.

Talvez a razão seja o alegado *déficit* do SAT para custear os benefícios acidentários e a aposentadoria especial. Déficit que, consoante os dados apurados pelo Ministério da Previdência, consiste em ao menos quatro bilhões de reais por ano.

Eis o quadro das receitas e despesas relacionadas ao SAT(14):

Exercício	Receita (em bilhões de reais)	Despesa (em bilhões de reais)
2003	4,7	8,4
2004	5,2	9,5
2005	4,8	10
2006	5,3	10,2
2007	6,4	10,7

2008	7,4	11,6
2009	8,1	14,2

Aludimos ao déficit **alegado** em razão de se pretender estabelecer uma **equiparação equivocada** entre a arrecadação do SAT/RAT, de um lado, e os custos com todos os benefícios acidentários e as aposentadorias especiais, quando a arrecadação da contribuição deveria ser confrontada apenas com os benefícios acidentários e, ademais, tão somente com aqueles relacionados às empresas que **pagam** a contribuição, ou seja, às médias e grandes empresas, que não podem optar pelo Simples Nacional.

O que o CNPS vem fazendo é pretender estabelecer uma falaciosa equivalência entre os **gastos totais** com benefícios acidentários e **aposentadorias especiais** e a contribuição acidentária cobrada apenas de **28,62% das empresas** brasileiras.

Ao que parece, pretende-se mascarar o caráter **superavitário** da contribuição e, portanto, a sua **desnecessidade** com respeito às despesas que é vocacionada a custear.

Ademais, a realidade parece ser que o FAP, apesar de ser favorável para a imensa maioria das empresas, termina por **majorar a carga tributária global**.

Como indicado em estudo realizado pela CNI, isso decorre de dois fatos: (i) a redução pelo FAP costuma ser ínfima (em razão da fórmula de cálculo aplicada pelo Fisco), enquanto a majoração é vultosa; e (ii) geralmente são as grandes empresas as prejudicadas pelo FAP superior a 1,0. Por consequência, o montante global das remunerações que sofre a incidência do FAP desfavorável é expressivamente superior ao que tem redução em virtude da aplicação de tal fator. **(15)**

O resultado apurado pela CNI com respeito às alterações vigentes a partir deste ano (reenquadramento das empresas nas faixas de alíquota e FAP) é um **incremento estimado na arrecadação do SAT de 67,5%**.

2.6.2 Síntese: procedimento básico para determinar a alíquota aplicável

A alíquota efetiva é determinada em função de dois fatores básicos:

1º) **Grau de risco** de acidentes do trabalho **na atividade preponderante** da empresa, que leva à definição da alíquota básica (1%, 2% ou 3%), em função da sua atividade econômica, conforme anexo V do Regulamento da Previdência Social;

2º) **Desempenho acidentário da empresa** frente a seus pares, que implica a redução ou majoração da alíquota básica (FAP).

Por sua vez, o desempenho acidentário é determinado por três elementos:

Critério parcial	Representatividade no FAP
Percentil de frequência (de acidentes e doenças do trabalho)	35%

Percentil de gravidade (espécie de benefícios que ensejaram)	50%
Percentil de custo (valor e duração dos benefícios)	15%

Destarte, esta é a forma de cálculo da alíquota efetiva:

$$\text{Alíquota efetiva} = \text{alíquota básica} \times \text{FAP} [(\text{percentil de gravidade} \times 0,5) + (\text{percentil de frequência} \times 0,35) + (\text{percentil de custo} \times 0,15) \times 0,02]$$

Porém, é necessário observar os patamares mínimo (0,5) e máximo (2,0) do FAP – e, ainda, as fórmulas para interpolação, as regras de empate e as travas à redução da alíquota básica, a menos que se pronuncie a sua ilegalidade.

Vale consignar que, na terminologia adotada pelo MPS, a alíquota básica é denominada **RAT** e a alíquota efetiva, **RAT Ajustado**. Este é, portanto, o produto da multiplicação do RAT pelo FAP.

3 Finalidade e legitimidade do FAP

3.1 Finalidade

O Fator Acidentário de Prevenção tem manifesta finalidade **extrafiscal**, prevista de forma expressa na Resolução 1.308/09 do CNPS: incentivar a melhoria das condições de trabalho e da saúde do trabalhador, estimulando as empresas a implementar políticas mais efetivas de saúde e segurança no trabalho, de modo a reduzir a acidentalidade.

Almeja, portanto, realizar direitos sociais dos trabalhadores consagrados no art. 6º da Constituição da República. Objetiva não apenas financiar o “seguro contra acidentes do trabalho” (XXVIII), mas sobretudo concretizar o objetivo da “redução dos riscos inerentes ao trabalho” (XXII). Noutras palavras, pretende prevenir, e não remediar os danos advindos dos acidentes do trabalho.

Em razão de a contribuição ser graduada em função da gravidade e da frequência dos acidentes de trabalho, bem como do custo dos benefícios que eles ensejarem, as empresas com elevada acidentalidade acabam sendo penalizadas; e as demais, premiadas com redução da carga tributária.

E, por esses índices serem dinâmicos, sendo aferidos continuamente, o FAP acaba por incentivar as empresas a investir em segurança do trabalho, com o fito de reduzir o valor a pagar a título do SAT.

Quanto maior é o investimento eficaz em medidas preventivas, menor é a carga tributária (observado o patamar mínimo de redução da alíquota, de 50%), de forma que até mesmo um viés puramente mercantilista, guiado apenas pela ânsia de majorar o lucro, poderá conduzir ao investimento em medidas de proteção à integridade física dos trabalhadores.

A finalidade é das mais louváveis e legítimas. Resta aferir se os meios usados para alcançá-la também o são.

3.2 Constitucionalidade

3.2.1 Princípios da tipicidade fechada e da reserva de lei

O princípio da tipicidade fechada (também denominado princípio da legalidade material ou da determinação conceitual) é deduzido pela doutrina dos dispositivos constitucionais que embasam diretamente a

construção de outras normas, tais como os princípios da legalidade, da separação dos poderes, da igualdade, da certeza e da segurança jurídica. Consiste numa expressão específica desses princípios, encontrando fundamento, portanto, no próprio texto constitucional, interpretado sistematicamente.

Tal princípio impõe ao legislador algo mais do que a mera previsão dos aspectos da norma impositiva: exige que eles sejam previstos com **acentuada precisão**, de modo a reduzir sensivelmente a vagueza e a ambiguidade dos dispositivos tributários. Veda a adoção de termos e expressões imprecisos a ponto de exigir que o Poder Executivo **integre** a norma de incidência, vindo a complementar o trabalho do legislador. Dessarte, objetiva conferir **segurança jurídica** aos contribuintes, permitindo-lhes ter ciência do conteúdo específico de suas obrigações jurídico-tributárias, mediante a simples análise dos preceitos legislativos que regulam o tributo.⁽¹⁶⁾

Essas imposições também derivam do postulado da reserva de lei, dimensão central do princípio da legalidade em matéria tributária, que atribui à lei formal (ou a atos normativos com força de lei) a tarefa de instituir e majorar tributos, conforme previsto no art. 150, I, da Constituição da República:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

A observância dessa garantia fundamental dos contribuintes ensejou muitos questionamentos quanto à legitimidade constitucional da contribuição ao SAT.

3.2.1.1 Sistema da Lei 8.212/91

Alegando-se violação aos princípios da determinação conceitual e da reserva de lei, sustentou-se a inconstitucionalidade da contribuição ao SAT instituída pela Lei 8.212/91, em virtude de o seu art. 22, II, veicular uma norma impositiva **incompleta**, delegando ao Poder Executivo a tarefa de **determinar** as alíquotas aplicáveis a partir daquelas indicadas pelo legislador (1%, 2% e 3%, variáveis em função do grau de risco de acidentes do trabalho na atividade preponderante da empresa), por meio do enquadramento das empresas nas faixas de graus de risco (leve, médio e grave).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não reconheceu a alegada violação ao princípio da legalidade tributária (ou, mais especificamente, da tipicidade fechada), considerando que:

“o fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de ‘atividade preponderante’ e ‘grau de risco leve, médio e grave’ não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I.”⁽¹⁷⁾

Desse precedente, há uma precisão de relevo para as questões futuras, a saber: a distinção entre **delegação pura** e **delegação técnica**. Aquela violaria o princípio da tipicidade fechada, enquanto esta consistiria no mero exercício regulamentar *intra legem*, sendo legítima desde que: a) esteja baseada em parâmetros e padrões fixados em lei; e b) decorra da necessidade de aferição de dados e elementos concretos.

3.2.1.2 Lei 10.666/03 e o FAP

Na conformação atual da contribuição ao SAT também há uma delegação técnica, baseada em parâmetros e padrões fixados em lei e decorrente da necessidade de aferição de dados e elementos concretos.

O problema é que tais parâmetros **não foram estabelecidos por completo** pela Lei 10.666/03.

Ao autorizar a criação do FAP, a Lei 10.666/03 foi **além** da Lei 8.212/91 no que concerne à delegação legislativa. Não remeteu à Administração apenas a regulamentação da lei e o enquadramento efetivo das empresas. Delegou também a tarefa de determinar a forma de cálculo do FAP, que levará à alíquota efetiva a ser aplicada aos contribuintes.

Mais precisamente, a Lei 10.666/03 estabeleceu **duas delegações** que não estavam presentes no regime instituído pela Lei 8.212/91.

A **primeira** concerne à autorização para a Administração **estabelecer ou não o fator** que levará à oscilação das alíquotas. A lei não criou um fator e tampouco determinou a sua aplicação a partir de uma data preestabelecida. Simplesmente facultou que a Administração Tributária o fizesse, evidenciando inadmissível **delegação da competência legislativo-tributária**, compreensiva do poder de modificar a **alíquota efetiva** da contribuição.

Tal delegação de competência impositiva pode ser identificada com clareza solar quando se constata terem se passado, desde a data em que a criação do FAP foi autorizada pela Lei 10.666/03, **mais de seis anos** até que começou a ser aplicado pela Administração Tributária, em janeiro de 2010.**(18)** É fácil perceber que o sistema de quantificação do tributo não foi alterado diretamente pela lei, senão pelo decreto e pelas resoluções do CNPS.

Já a **segunda** delegação diz respeito ao poder conferido à Administração para **determinar o fator**, com base nos três índices mencionados (frequência, gravidade e custo). É a própria lei que refere serem os índices “calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social”.

E, de fato, o peso dos elementos de cálculo do FAP somente veio a ser estabelecido pelo art. 202-A do Decreto 3.048/99, inserido pelo Decreto 6.042/07. Como referido há pouco, esse decreto criou um complexo sistema de cálculo do FAP, no qual o fator seria determinado em função do “distanciamento de coordenadas tridimensionais padronizadas (índices de frequência, gravidade e custo)”. Não demorou para o próprio Poder Executivo se aperceber das imperfeições de tal metodologia de cálculo, que levava a consequências desarrazoadas, e **modificá-la** pelo Decreto 6.957/09, indicando os elementos que comporiam cada índice parcial, estipulando percentis correlatos e atribuindo pesos diferenciados para cada percentil.

Já a tarefa de definir a metodologia de cálculo desses índices e percentis (de frequência, gravidade e custo) foi **delegada pelo regulamento ao Conselho Nacional da Previdência Social** (§ 4º).

Com base nessa delegação, as Resoluções 1.308 e 1.309/09 do CNPS estabeleceram a metodologia específica de cálculo do FAP, à luz dos critérios pré-determinados pelo art. 10 da Lei 10.666/03 e pelo art. 202-A do RPS.

Portanto, diversamente do que ocorreu no regime pretérito, a alíquota efetiva da atual contribuição ao SAT **não foi fixada por completo pela lei**. Foi estabelecida tanto pelo art. 22, II, da Lei 8.212/91 (que fixou as alíquotas básicas) quanto pelo art. 202-A do Regulamento da Previdência Social (que definiu a composição dos índices parciais e o peso dos respectivos percentis) e pela Resolução 1.308/09 do Conselho Nacional de Previdência Social (que estabeleceu a complexa fórmula de cálculo do FAP).

Para elucidar a diferença entre o sistema atual da contribuição ao SAT e aquele consagrado na Lei 8.212/91, é válido recorrer ao seguinte quadro comparativo:

Elementos de quantificação da obrigação	Sistema da Lei 8.212/91	Sistema da Lei 10.666/03 e do Decreto 6.042/07	Ato normativo
Base de cálculo	Remunerações pagas a empregados e avulsos	Remunerações pagas a empregados e avulsos	Lei 8.212/91
Alíquotas	1%, 2% e 3%	1%, 2% e 3%	Estipulação: Lei 8.212/91 Enquadramento das categorias: Anexo ao Decreto 3.048/99
Multiplicador sobre a alíquota	–	FAP (0,5 a 2), composto pelos índices de frequência, gravidade e custo	Lei 10.666/03
	–	Definição dos índices integrantes do multiplicador e do seu peso	Decreto 6.042/07
	–	Estipulação da fórmula do FAP	Resolução 1.308/09 do CNPS, alterada pela Resolução MPS/CNPS 1.316/10

Resta evidente que o FAP, estipulado por atos **infralegais**, é **elemento integrante da regra-matriz de incidência** e, mais especificamente, do consequente da norma impositiva, haja vista se conjugar à alíquota para estabelecer o *quantum* do tributo a ser recolhido aos cofres públicos. Consoante exposto pelo próprio Conselho Nacional de Previdência Social, o FAP é uma metodologia utilizada para a “**flexibilização das alíquotas de contribuição**” (Resolução 1.308/09).**(19)**

Frente a esse contexto, torna-se extremamente questionável a possibilidade de se estender o *leading case* do SAT ao sistema criado pela Lei 10.666/03, pelo Decreto 6.042/07 (e alterações) e pela Resolução 1.308/09 do CNPS.

Como visto, entre tal sistema e aquele instituído pela Lei 8.212/91, há uma **vultosa diferença quanto à forma de determinação da carga tributária**. No sistema da Lei 8.212/91, a própria lei fixava as três alíquotas aplicáveis aos contribuintes, relegando ao decreto apenas o enquadramento concreto dos contribuintes em cada uma das alíquotas previstas em lei. Já no sistema atual, as três alíquotas persistem, mas a Lei 10.666/03 criou um **novo critério de quantificação da obrigação**

tributária, ao **facultar** ao regulamento **reduzir** em até cinquenta por cento **ou majorar** em até cem por cento as alíquotas aplicáveis, em função do “desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica”.

Todas essas peculiaridades levam à conclusão de que a sistemática autorizada pela Lei 10.666/03 não se assemelha à instituída pela Lei 8.212/91, que foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* sobre a contribuição ao SAT.(20)

Por consequência, é inviável aplicar à conformação atual do SAT o *leading case* do STF sobre a matéria, atinente ao sistema instituído pela Lei 8.212/91, em que não havia qualquer forma de “relativização de alíquotas”.

Na metodologia instituída pela Lei 10.666/03, em que as alíquotas oscilam em função do FAP, o SAT viola escancaradamente os princípios da tipicidade fechada e da reserva absoluta de lei, manifestações precípua do princípio da estrita legalidade tributária, consagrado de forma expressa no art. 150, I, da Constituição da República.

3.2.1.3 Delegação estabelecida pelo art. 22, § 3º, da Lei 8.212/91

Preceito que mereceu pouca atenção da doutrina e da jurisprudência é o § 3º do art. 22 da Lei 8.212/91, que autoriza o Ministério do Trabalho e da Previdência Social (atualmente, Ministério da Previdência Social) a alterar o enquadramento de empresas a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes, *in verbis*:

“§ 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes.”

Esse preceito parece autorizar o MPS a alterar o enquadramento das empresas nas faixas de alíquota do SAT, com base em estatísticas de acidentes de trabalho. Diria respeito ao critério para definir as alíquotas aplicáveis a cada categoria de contribuintes. Desse modo, simplesmente expressaria competência que está implícita no sistema da Lei 8.212/91.

Foi essa a exegese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que vislumbrou no preceito do § 3º do art. 22 o critério para o enquadramento das empresas pelo regulamento, e não nova delegação do poder impositivo.(21)

Porém, não foi essa a interpretação que o Poder Executivo acolheu.

O Decreto 2.173/97 facultou ao MPAS **reduzir a contribuição em até 50%**, em função de investimentos que reduzam os danos à saúde no trabalho, da inexistência de débitos com o INSS e de outros requisitos a serem estabelecidos pelo próprio MPAS:

“Art. 27. O Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS poderá autorizar a empresa a reduzir em até cinquenta por cento as alíquotas da contribuição a que se refere o artigo anterior, a fim de estimular investimentos destinados a diminuir os riscos ambientais do trabalho.

§ 1º A redução da alíquota de que trata este artigo estará condicionada à melhoria das condições do trabalho, obtida através de investimentos em prevenção e em sistemas gerenciais de risco que impactem positivamente na redução dos agravos à saúde no trabalho, à inexistência de débitos em relação às contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e aos demais requisitos estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS.

§ 2º O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com base

principalmente na comunicação prevista no art. 134 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, implementará sistema de controle e acompanhamento de acidentes do trabalho.

§ 3º Verificado o descumprimento por parte da empresa dos requisitos fixados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, para fim de redução das alíquotas de que trata o artigo anterior, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS procederá à notificação dos valores devidos.”

Tal autorização, que parece ter sido o embrião do FAP, não foi repetida no preceito correspondente do Decreto 3.048/99 (art. 203), o qual vige até os dias de hoje. Ele simplesmente repetiu a redação do art. 22, § 3º, da Lei 8.212/91, sem indicar a possibilidade de redução de alíquotas; porém, manteve o condicionamento do reenquadramento à inexistência de débitos:

“Art. 203. A fim de estimular investimentos destinados a diminuir os riscos ambientais no trabalho, o Ministério da Previdência e Assistência Social poderá alterar o enquadramento de empresa que demonstre a melhoria das condições do trabalho, com redução dos agravos à saúde do trabalhador, obtida através de investimentos em prevenção e em sistemas gerenciais de risco.

§ 1º A alteração do enquadramento estará condicionada à inexistência de débitos em relação às contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social e aos demais requisitos estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 2º O Instituto Nacional do Seguro Social, com base principalmente na comunicação prevista no art. 336, implementará sistema de controle e acompanhamento de acidentes do trabalho.

§ 3º Verificado o descumprimento por parte da empresa dos requisitos fixados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para fins de enquadramento de que trata o artigo anterior, o Instituto Nacional do Seguro Social procederá à notificação dos valores devidos.”

Resta indagar qual seria o significado de tal preceito. Ele permitiria a mudança de enquadramento da empresa em relação à sua respectiva categoria econômica, para nova faixa de alíquota, ou a efetiva redução da contribuição, a ser definida pelo MPS?

Para tal indagação, a Administração não fornece uma resposta clara. Parece ter optado por ignorar tal autorização e aplicar tão somente o FAP para modular as alíquotas.

3.2.2 Postulados da proporcionalidade e da razoabilidade

Há vários questionamentos à proporcionalidade e à razoabilidade do FAP, baseados num raciocínio de **equivalência econômica** entre a majoração/redução da contribuição por ele determinada e os custos que os acidentes de trabalho acarretam ao INSS.

Alega-se, por exemplo, que o FAP não deveria considerar acidentes de trabalho que não implicaram afastamento por mais de quinze dias ou redução permanente da capacidade laboral, haja vista não ensejarem a concessão de benefícios previdenciários (auxílio-doença ou auxílio-acidente).

Esse argumento, rejeitado sistematicamente pela Administração Fazendária,(22) está baseado numa **concepção estritamente sinalagmática do SAT**, que não corresponde propriamente à estrutura da contribuição, graduada em função dos “riscos ambientais do trabalho”, e não do ônus financeiro que os benefícios acidentários implicam ao Erário.

Na conformação que se deu ao SAT, sobretudo após o advento da Lei 10.666/03, sobressai a sua **função extrafiscal** de prevenir acidentes de trabalho, a qual prepondera sobre o caráter sinalagmático que também está presente na contribuição.

Dessa forma, revela-se possível majorar ou reduzir a contribuição pela mera oscilação na frequência de acidentes de trabalho, haja vista tal elemento não se confundir com o número de benefícios acidentários vinculados ao contribuinte.

Sem embargo, não tem o menor sentido computar acidentes de trajeto, como vem fazendo o Ministério da Previdência Social.**(23)** É irrazoável, sobretudo, considerar acidentes de trajeto que não ensejaram a concessão de benefícios, tendo em vista que, além de não causarem ônus algum aos cofres públicos, eles jamais poderiam ser imputados ao risco de acidentes de trabalho existente na empresa. Ainda mais arbitrário é aplicar a “trava de mortalidade e invalidez” em razão de meros acidentes de percurso.

3.2.3 Respeito ao princípio da publicidade dos atos administrativos

Um dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública é o da **publicidade**, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, na redação dada pela EC 19/98.

Tal princípio não se satisfaz com a mera publicação das decisões e dos atos administrativos. Exige a **transparência** de toda a atividade administrativa e, por conseguinte, que os servidores públicos forneçam aos cidadãos informações compreensíveis sobre todas as **etapas** dos procedimentos administrativos, as quais antecedem a prática dos atos que repercutirão na sua esfera jurídica. Sempre, obviamente, que não se trate de informações sigilosas, que não podem ser divulgadas a toda a população.

Quanto ao FAP, o princípio da publicidade demanda que a Administração disponibilize aos contribuintes informações claras e objetivas acerca de todos os dados relevantes à determinação do fator de risco das suas atividades.

Exige, portanto, que se informem aos contribuintes não apenas os seus percentis (relativos à gravidade, frequência e custo), mas também os seus números de ordem e os percentis das demais empresas inseridas na mesma subclasse CNAE, a fim de que seja possível verificar a correção da classificação realizada pela Administração Tributária, que repercutirá diretamente no *quantum* a pagar.

Esse dado, no entanto, vem sendo negado aos contribuintes.

Nem mesmo após solicitação expressa a Administração lhes fornece tal informação, limitando-se a divulgar os róis dos percentis de frequência, gravidade e custo por Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas.**(24)**

Eis as razões do Ministério da Previdência Social:

“Por definição metodológica, e por garantia legal do sigilo de informações, a Previdência divulgou de forma restrita os dados de cada empresa. Desta forma não é possível à empresa acessar informações sobre valores dos índices calculados para as outras empresas, o que não permite montar o rol referido, todavia os dados particulares de cada empresa, apresentados no Módulo de Consulta do FAP permitem que cada empresa conclua como está em relação às demais relativamente a cada quesito: índice de frequência, de gravidade, de custo, taxa média de rotatividade, etc.”**(25)**

Tal negativa causa espécie, sobretudo quando se verificam distorções na aplicação da legislação aos casos concretos.

3.3 Legalidade

O postulado da preeminência legislativa (ou do primado da lei) é uma das facetas do princípio constitucional da legalidade, ao lado da reserva de lei. Exige que os preceitos legislativos sejam rigorosamente observados pelos seus aplicadores, sempre que não se contraponham à Constituição.

3.3.1 Respeito à lei na concretização legislativa

O postulado do primado da lei proíbe que a Administração Pública, ao regulamentar os ditames legais, estabeleça restrições que não decorram do seu texto ou dos seus princípios fundamentais. Noutros termos, exige que se limite a **interpretar** e **concretizar** a lei, sem violá-la.

É evidente, portanto, que as restrições infralegais à redução de alíquota advinda da aplicação do FAP, estipuladas pelas Resoluções 1.308 e 1.309/09 do CNPS, bem como pela resolução atual (Resolução MPS/CNPS 1.316/10), **(26)** são ilegais e, por conseguinte, ilegítimas.

Ilegal também é a determinação, constante no item 2.5 do anexo à Resolução 1.308 do CNPS, de que, no primeiro ano de aplicação do FAP, a majoração das alíquotas limitar-se-á a “75% da parte do índice apurado que exceder a um”, de modo a que não haja majoração superior ao percentual de 75%. Ora, não há fundamento legal algum para essa disposição.

Esses exemplos evidenciam que a Administração se avoca o poder de **quantificar** as obrigações tributárias dos contribuintes e decidir **se, como e quando aplica os ditames legais**.

É evidente o desrespeito com o princípio da legalidade, pilar fundamental dos Estados de Direito.

3.3.2 Respeito à lei na sua aplicação aos casos práticos

Há casos de distorções evidentes no cálculo e na aplicação do FAP.

Dentre eles, sobressai a situação em que empresas com **índice zero de acidentes não obtinham o menor percentual**, de 0,5. Ora, se a frequência, a gravidade e o custo são zero, como sustentar índice superior ao mínimo legal?

O Diretor do Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional justificava tais ocorrências com base no argumento de a lei “dizer que o contribuinte sofrerá uma comparação com relação a seu desempenho na atividade econômica”, **(27)** o que legitimaria o procedimento adotado pelo MPS, de **não atribuir o percentil mais benéfico** aos contribuintes, calculando o seu percentil, ao invés, com base na posição média da empresa.

Se houvesse 201 empresas com o índice zerado, nenhuma delas receberia o percentil zero. Todas elas receberiam o percentil 101, que corresponde à sua posição média. **(28)**

Em artigo recentemente publicado, sustentamos que tal solução “é tão absurda quanto a de atribuir a **terceira** (e não a primeira) colocação a todos os cinco participantes de uma maratona que arrebatassem juntos a faixa de chegada”, advertindo que, “para o Fisco, não há vitoriosos. Todos os contribuintes perdem, mesmo aqueles que logram a excelência máxima em matéria de prevenção de acidentes de trabalho”. **(29)**

Felizmente, o CNPS percebeu a injustiça que estava cometendo e corrigiu-a em parte, ao incorporar, na Resolução 1.316/10 (publicada no D.O.U. de 15.06.2010), uma exceção à “regra de empate”, de modo a atribuir o FAP 0,5 a todos os contribuintes que não têm registros de acidente de trabalho.

Sem embargo, nos demais casos o CNPS não confere o percentil mais benéfico aos contribuintes empatados na mesma posição. Continua calculando-o com base na sua posição média.

Ademais, em contrapartida à exceção criada para as empresas com índice zero de acidentes de trabalho, a Resolução 1.316/10 criou uma **sanção tributária** às empresas que tenham deixado de apresentar notificação de acidente ou doença do trabalho, fixando o seu FAP no patamar máximo (2,000), “independentemente do valor do IC calculado”, ou seja, em flagrante contrariedade aos ditames legais.

A impropriedade da metodologia de percentis deu ensejo a uma nova ilegalidade: a **proibição de aplicação do FAP** para contribuintes enquadrados em subclasse da CNAE que seja composta por cinco ou menos empresas. Essa vedação, prevista na Resolução 1.316/10, não tem fundamento legal algum. Decorre das extremas dificuldades enfrentadas para se aplicar, com correção e justiça, o sistema de percentis criado pelo Decreto 6.957/09.

Um terceiro caso de distorção aplicativa diz respeito à **fórmula de cálculo expressa para as empresas com Índice Composto inferior a um**. O FAP deveria corresponder ao índice, mas o CNPS veio a adotar nova fórmula para chegar a tal fator, sem base normativa aparente. Eis a fórmula, divulgada originalmente no *site* do MPS(30) e posteriormente incorporada na Resolução 1.316/10:

$$\text{FAP} = 0,5 + 0,5 \times \text{IC}$$

Tal fórmula leva a distorções significativas, como se vê quando aplicada a uma empresa com IC 0,5575:

$$\begin{aligned}\text{FAP} &= 0,5 + 0,5 \times \text{IC} \\ \text{IC} &= 0,5575\end{aligned}$$

Logo,

$$\text{FAP} = 0,77875 \quad (0,5 + 0,5 \times 0,5575)$$

Segundo os critérios da Resolução 1.308/09 do CNPS, o FAP era de 0,5575. Porém, pela fórmula originalmente destituída de base normativa (e posteriormente inserida no bojo da Resolução 1.316/10), o fator passou para 0,77875, resultando numa majoração da carga tributária de quase 40%. A impropriedade é tal que a própria Resolução 1.316/10 restringiu a aplicação dessa fórmula ao FAP 2010, sem pretender estendê-la aos exercícios posteriores, o que talvez se explique pelo fato de o CNPS já antever que essa fórmula ilegal fatalmente será rechaçada pelo Poder Judiciário.

4 Contribuição pelo desempenho de atividade especial: o “adicional” ao SAT

O adicional à contribuição ao SAT foi instituído pela Lei 9.732/98, que o inseriu, de forma atécnica, no bojo da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91), mais especificamente nos §§ 6º e 7º do seu art. 57.

Tal adicional varia em função da redução do tempo para aposentação advinda do exercício de labor especial e incide apenas sobre a remuneração correspondente:

“§ 6º O benefício previsto neste artigo [aposentadoria especial] será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no *caput*. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)”

Dessa forma, o adicional leva as alíquotas efetivas a variar entre 6% e 12%, em função da intensidade da insalubridade da atividade laboral. Se der ensejo à aposentadoria especial em:

1. 25 anos de trabalho, será devido à alíquota de 6%;
2. 20 anos de trabalho, será devido à alíquota de 9%;
3. 15 anos de trabalho, será devido à alíquota de 12%.

Para elucidar esse contexto, vamos tomar como exemplo uma empresa enquadrada na alíquota de 3% do SAT, com FAP em seu patamar máximo (que eleva a alíquota a 6%) e que tenha empregados desempenhando atividades que ensejam aposentadoria especial aos 15 anos de trabalho. Quanto a estes empregados, ela suportará uma **carga de 38%** somente a título do SAT, do adicional e da contribuição do art. 22, I:

1. contribuição geral sobre as remunerações (art. 22, I, da LCSS): 20%;
2. SAT (art. 22, II, da LCSS): 6%; e
3. “adicional” ao SAT: 12%.

Quanto à sua **natureza jurídica**, reputamos que **não se trata de mero adicional** ou técnica de determinação da alíquota.

Trata-se, na realidade, de **uma nova contribuição**, que tem finalidade, alíquotas e base de cálculo próprias. Destina-se a custear a aposentadoria especial (ou a aposentadoria comum concedida com base em tempo especial) de seus empregados, e não os benefícios por acidente de trabalho que lhes são concedidos.

Essa contribuição não se destina apenas a financiar as aposentadorias especiais, mas também a fazer com que o seu ônus seja suportado pelas empresas que desempenham atividades insalubres. É definida e graduada, portanto, em função de dois aspectos:

a) exercício de atividade enquadrada como especial, que enseja a redução do tempo de contribuição exigido para a aposentação e impõe o pagamento da contribuição adicional; e

b) valor da remuneração correlata, que é a sua base de cálculo.

Trata-se, portanto, de contribuição norteadas por critérios de **justiça comutativa**, tal qual a contribuição ao SAT: quem dá ensejo ao custo previdenciário deve arcar com o seu ônus econômico, no âmbito tributário.

Conclusões

A graduação da contribuição por acidentes de trabalho em função do grau de risco nas atividades da empresa está longe de ser uma novidade. Ocorre desde que o seguro por acidentes de trabalho foi estatizado, em 1967, transformando-se numa contribuição à previdência social.

A despeito de a contribuição sempre ter sido fartamente regulada por atos infralegais, jamais se declarou a sua inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da reserva de lei tributária e da tipicidade cerrada.

Isso é compreensível no regime que antecedeu a promulgação da Constituição da República de 1988, pois até então a natureza tributária das contribuições sociais era controversa, vindo a ser expressamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal após a edição da EC 8/77.

Porém, desde o advento da Constituição cidadã, o caráter tributário das contribuições sociais é admitido de forma pacífica pelo STF, razão pela qual a elas são inteiramente aplicáveis as exigências de tipicidade fechada

e de reserva absoluta de lei.

Tal contexto ensejou severos questionamentos à contribuição ao SAT no regime original da Lei 8.212/91, mas o Pretório Excelso não vislumbrou vício algum nesse diploma legal, por reputar admissível a delegação técnica da competência impositiva, desde que respeitados certos parâmetros.

Com o advento da Lei 10.666/03 e do FAP, a discussão sobre a legitimidade da contribuição reacendeu-se, não apenas em razão da ampliação da delegação legislativa, mas também das diversas ilegalidades praticadas pelo Fisco, que se avoca o poder de modificar a conformação da contribuição e estabelecer barreiras à aplicação dos critérios legais.

Reconhecemos ser louvável a finalidade da contribuição ao SAT/RAT e também do FAP. No entanto, os meios utilizados para alcançá-la não se harmonizam com as duas facetas do princípio da legalidade tributária: a expressiva delegação do poder impositivo veiculada pela Lei 10.666/03 viola a reserva absoluta de lei tributária; e diversas inovações infralegais, tais como as “travas às bonificações”, contrapõem-se ao primado da lei.

Solucionados esses vícios, nada impede que os acidentes de trabalho sejam financiados por meio de contribuição previdenciária de caráter extrafiscal, estruturada à luz de critérios comutativos.

Notas

1. Cfr. p. 31.

2. Eis o texto do art. 72 da Instrução Normativa 971/2009: “Art. 72. As contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa ou do equiparado, observadas as disposições específicas desta Instrução Normativa, são: [...] II – **para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho**, incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhes prestam serviços, observado o disposto no inciso I do art. 57, correspondente à aplicação dos seguintes percentuais: a) 1% (um por cento), para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento), para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado médio; c) 3% (três por cento), para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado grave; [...] § 2º **Exercendo o segurado atividade em condições especiais que possam ensejar aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de trabalho sob exposição a agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e integridade física, é devida pela empresa ou equiparado a contribuição adicional destinada ao financiamento das aposentadorias especiais**, conforme disposto no § 6º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, e nos §§ 1º e 2º do art. 1º e no art. 6º da Lei nº 10.666, de 2003.”

3. Essa orientação jurisprudencial não vem sendo seguida quanto ao FAP, que é calculado sempre pelo CNPJ da matriz. Disponível em: <<http://www2.dataprev.gov.br/fap/FaqFAP.pdf>> Acesso em: 28 maio 2010.

4. Publicado no *site* “relacoesdotrabalho.com.br”. Acesso em: 08 jun. 2010.

5. A redação da Resolução MPS/CNPS 1.316/10 é idêntica.

6. Redação dada pela Resolução MPS/CNPS 1.316/10. Eis a *via crucis* para a demonstração dos investimentos: “Para a comprovação de melhorias ambientais no caso das empresas que tiverem FAP igual a 1, o MPS e a Receita Federal vão disponibilizar em seus portais na Internet, até 31 de

outubro, o formulário eletrônico “Demonstrativo de Investimentos em Recursos Materiais, Humanos e Tecnológicos em Melhoria na Segurança do Trabalho”. Após ser assinado pela empresa e homologado pelo sindicato da categoria, o formulário deve ser encaminhado até 31 de dezembro, via Internet, para processamento pelo MPS” (Fonte: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/vejaNoticia.php?id=35691>>. Acesso em: 28 abr. 2010).

7. Fonte: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/vejaNoticia.php?id=35691>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

8. Texto repetido na Resolução MPS/CNPS 1.316/10.

9. Texto repetido na Resolução MPS/CNPS 1.316/10.

10. As razões que levaram à sua criação são indicadas na exposição de motivos da MP 316/06, convertida na Lei 11.430/06: “5. Uma outra medida proposta diz respeito à presunção de incapacidade acidentária quando for estabelecido nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, considerando-se o ramo de atividade da empresa e a entidade mórbida elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID motivadora da incapacidade, em conformidade com o que dispuser o Regulamento. 6. Atualmente, a caracterização de um benefício como acidentário decorre da emissão da Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT por parte da empresa. Se a empresa comunica o acidente e este gera o afastamento do segurado por mais de 15 dias, o benefício concedido pela Previdência Social é tido como acidentário. Não sendo a CAT emitida, mas havendo a necessidade de afastamento do trabalho, normalmente o benefício é tido como previdenciário (ou comum). Tal classificação é crucial para o trabalhador, tendo em vista os correspondentes efeitos. Sendo o benefício caracterizado como acidentário, durante o afastamento do trabalho o segurado faz jus ao depósito do FGTS e goza de estabilidade de 12 meses após a cessação do auxílio-doença. Sendo o benefício caracterizado como comum, tais direitos não lhe são assegurados. 7. Diante do descumprimento sistemático da regras que determinam a emissão da CAT e da dificuldade de fiscalização por se tratar de fato individualizado, os trabalhadores acabam prejudicados nos seus direitos, em face da incorreta caracterização de seu benefício. Necessário, pois, que a Previdência Social adote um novo mecanismo que segregue os benefícios acidentários dos comuns, de forma a neutralizar os efeitos da sonegação da CAT. 8. Para atender a tal mister, e por se tratar de presunção, matéria regulada por lei e não por meio de regulamento, está-se presumindo o estabelecimento do nexó entre o trabalho e o agravo e consequentemente o evento será considerado como acidentário, sempre que se verificar nexó técnico epidemiológico entre o ramo de atividade da empresa e a entidade mórbida relacionada na CID motivadora da incapacidade” (Fonte: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Exm/EM-33-MPS.htm>. Acesso em: 17 mar. 2010).

11. Fonte: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=463>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

12. Dados divulgados pelo Ministério da Previdência Social.

13. Fonte: Valor Econômico – 08.04.2010 – Legislação & Tributos.

14. Dados divulgados pelo Ministério da Previdência Social. As receitas contabilizadas dizem respeito apenas ao SAT/RAT (as receitas do adicional ainda não são expressivas). Já as despesas abrangem tanto os benefícios acidentários quanto as aposentadorias especiais: 60% são despesas de benefícios acidentários e 40% de aposentadorias especiais, segundo dados gentilmente fornecidos pelo ilustre Diretor de Saúde Ocupacional do MPS, Remígio Todeschini.

15. Publicado no site “relacoesdotrabalho.com.br”. Acesso em: 08 jun. 2010.

16. Esse princípio foi desenvolvido pela doutrina alemã, sendo denominado “princípio da determinação da hipótese de incidência” (*Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit*) ou, simplesmente, “princípio da determinação” (*Bestimmtheitsgrundsatz*).

17. STF, Pleno, RE 343.446, 3.2003.

18. Recorde-se que a Lei 10.666 foi promulgada em 2003, ao passo que o decreto regulamentador somente foi editado em 2007 (Decreto 6.042/07, de 12 de fevereiro, que incluiu o art. 202-A no RPS). E a sistemática começou a vigor tão somente em janeiro de 2010, porque o início da sua vigência, fixado originalmente em setembro de 2007 (art. 5º, III, do Decreto 6.042/07), foi prorrogado por um ano tanto pelo Decreto 6.257/07, de 19 de novembro, quanto pelo Decreto 6.577/08, de 25 de setembro e, finalmente, foi definido pela Administração Tributária como sendo janeiro de 2010. Esse atraso no início da vigência do FAP deveu-se, segundo o MPS, a imperfeições na fórmula instituída pela Resolução MPS/CNPS 1.269/2006. Como exposto na Resolução 1.308/09 do CNPS, que modificou tal fórmula, ela foi submetida a testes e “os resultados sinalizaram para a necessidade de aperfeiçoar a metodologia de modo a garantir justiça na contribuição do empregador e equilíbrio atuarial. Desse estudo resultou a nova metodologia abaixo descrita, que altera parâmetros e critérios para o cálculo da frequência, da gravidade, do custo e do próprio FAP, em relação à metodologia anterior” (Introdução do Anexo). Passado um mês da edição da Resolução 1.308/09, de 24 de maio, essa metodologia foi novamente modificada pelo CNPS, por meio da Resolução 1.309/09, de 24 de junho, que incluiu novo elemento no cálculo do FAP: a taxa de rotatividade.

19. A respeito da “flexibilização de alíquotas”, lê-se no *site* do Ministério da Previdência Social: “A flexibilização das alíquotas aplicadas para o financiamento dos benefícios pagos pela Previdência Social decorrentes dos riscos ambientais do trabalho foi materializada mediante a aplicação da metodologia do Fator Acidentário de Prevenção. A metodologia foi aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS (instância quadripartite que conta com a representação de trabalhadores, empregadores, associações de aposentados e pensionistas e do Governo), mediante análise e avaliação da proposta metodológica e publicação das Resoluções CNPS Nº 1308 e 1309, ambas de 2009”. Disponível em: <<http://www2.dataprev.gov.br/fap/fap.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

20. O precedente que poderia ser invocado como paradigma não é propriamente o RE 343.446, mas o RE 290.079, atinente à contribuição ao salário-educação na conformação dada pelo Decreto-Lei 1.422/75. Tal decreto-lei havia estabelecido sistema análogo ao do FAP, estipulando a contribuição ao salário-educação “pelo sistema de compensação do custo atuarial” e prevendo que a alíquota seria fixada pelo Poder Executivo “em correspondência com o valor da quota respectiva”, sendo que este poderia alterá-la “mediante demonstração, pelo Ministério da Educação e Cultura, da efetiva variação do custo real unitário do ensino de 1º Grau” (art. 1º, §§ 1º e 2º). Desse modo, a variação da alíquota não decorreria do arbítrio do Poder Executivo, mas de critério objetivo já indicado de forma expressa por ato com força de lei. A despeito da fixação por lei de tal critério, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a recepção, pela Constituição de 1988, dessa sistemática, haja vista delegar ao Executivo o poder de fixar a alíquota da contribuição e, portanto, ser incompatível “com o princípio da legalidade a que, de pronto, ficou circunscrito o novel tributo” (STF, Pleno, RE 290.079, 10.2001, excerto do voto do relator, Ministro Ilmar Galvão). O Ministro Ilmar Galvão expressou a metodologia de cálculo da contribuição nestes termos: “a alíquota aplicável ao caso ficou condicionada ao valor da quota alusiva ao custo atuarial (percentual do salário-mínimo) da educação elementar de primeiro grau, custo esse insuscetível de ser apurado senão por meio de levantamentos somente possíveis de ser feitos por agentes do Poder Executivo”. Em seguida, acrescentou: “Por isso mesmo, o decreto-lei deixou a fixação da alíquota a cargo do Chefe do Poder Executivo, sendo de registrar que a EC 01/69

não submeteu a contribuição do salário-educação ao princípio da legalidade estrita, tendo-se limitado a reservar à lei a sua regulamentação". O sistema de quantificação da obrigação também foi exposto, com precisão, pelo Ministro Carlos Velloso, *in verbis*: "enquanto o § 1º adotou o sistema do custo atuarial distribuído entre todas as empresas, para a estipulação da contribuição, o § 2º estabeleceu a condição para a sua alteração: efetiva variação do custo real unitária do ensino do 1º Grau. Em resumo: a estipulação da contribuição teria como base o custo atuarial distribuído entre todas as empresas (§ 1º) e a alteração da alíquota a demonstração da variação do custo real unitário do ensino de 1º Grau (§ 2º)".

21. Conferir o voto do relator, Ministro Carlos Velloso, no *leading case* sobre a matéria (STF, Pleno, RE 343.446, julgado em março de 2003).

22. Fonte: Valor Econômico – 08.04.2010 – Legislação & Tributos.

23. Idem.

24. Conferir a Portaria Interministerial 254/2009, editada pelos Ministros de Estado da Previdência Social e da Fazenda – Interino.

25. Fonte: <<http://www2.dataprev.gov.br/fap/FaqFAP.pdf>>. Acesso em: 28.05.2010.

26. Cfr. p. 14.

27. Fonte: Valor Econômico – 08.04.2010 – Legislação & Tributos.

28. Fonte: <<http://www2.dataprev.gov.br/fap/FaqFAP.pdf>>. Acesso em: 28.05.2010.

29. **Jornal Carta Forense**, 2 jun. 2010.

30. Fonte: <<http://www2.dataprev.gov.br/fap/FaqFAP.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2010.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

VELLOSO, Andrei Pitten. *A contribuição acidentária (SAT/RAT) e o polêmico FAP. Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 37, ago. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/andrei_velloso.html> Acesso em: 06 dez. 2010.